

НОРМАТИВИЗМ ГАНСА КЕЛЬЗЕНА*

С. ПОЛСОН**

Кельзеновскую доктрину нормативности права окружает ряд загадок. Что это означает? Некоторые сторонники аналитической юриспруденции приписали Гансу Кельзену тезис «оправдывающей» или «содержательной» нормативности. Одним из представителей такого подхода является Джозеф Раз, который утверждает, что защищаемый Кельзеном тезис «оправдывающей нормативности» является выражением традиционной естественно-правовой теории. В настоящей работе на примере текстов Кельзена обосновывается идея о том, что в теории Кельзена нет места «оправдывающей» или «содержательной» нормативности. Этот мыслитель защищает тезис «модальной нормативности». В поддержку данного тезиса свидетельствует проводимая в работах Кельзена аналогия между причинностью в естественных науках и периферийным вменением в праве. Это вменение означает основополагающую законосообразность права. Одно из значений этого термина, исследуемого в настоящей работе, отсылает к неокантианской терминологии, а именно к развиваемой Генрихом Риккертом доктрине методологических форм. Тезис «модальной нормативности» вскрывает нередуцируемую природу права, не выдвигая при этом утверждений касательно содержания права.

КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА: модальная нормативность, оправдывающая нормативность, неокантианство, чистое учение о праве, Ганс Кельзен, периферийное вменение.

PAULSON S. THE NORMATIVISM OF HANS KELSEN

A number of puzzles surround Kelsen's doctrine of the normativity of the law. What, exactly, does it mean? Some writers in analytical jurisprudence have attributed a «justified» or «contentual» normativity thesis to Hans Kelsen. One representative of this view, Joseph Raz, goes so far as to claim that the «justified normativity thesis» defended by Kelsen is an expression of traditional natural law theory. In the present essay it is argued that a «justified» or «contentual» normativity thesis forms no part of Kelsen's theory, and the point is demonstrated textually. Rather, Kelsen defends a «modal» normativity thesis. Support for this thesis in Kelsen's writings is drawn from Kelsen's analogy between causality in the physical sciences

* Paulson S. L. Der Normativismus Hans Kelsens // Juristen-Zeitung. 2006. Vol. 61. S. 529–536. — Доклад, прочитанный 14 июля 2004 г. в Университете Кристиана-Альберта (Киль) при присуждении почетной степени доктора наук юридического факультета.

Перевод с нем. М. В. Антонова (mantonov@hse.ru).

Перевод выполнен при финансовой поддержке РФНФ (грант 11-03-00637а).

** Полсон Стенли — профессор Школы права и кафедры философии Вашингтонского университета, Сент-Луис.

E-mail: paulson@wulaw.wustl.edu

© S. L. Paulson, 2006

© М. В. Антонов, 2012

and peripheral imputation in the law. The latter, as Kelsen argues, provides the underlying *Gesetzlichkeit* of the law, and one explication of the notion, explored in the present essay, draws on a Neokantian notion, namely, Heinrich Rickert's doctrine of methodological forms. The modal normativity thesis underscores the irreducible character of the law, but without making any claims respecting the content of the law.

KEYWORDS: modal normativity, justified normativity, Neokantianism, Pure Theory of Law, Hans Kelsen, peripheral imputation.

1. ВВЕДЕНИЕ

Термины «нормативный», «нормативность», «нормативистский» и «нормативизм» равным образом отсылают нас к многостороннему понятию «норма»; а это понятие в свою очередь может быть объяснено по-разному. Изначальное использование данного понятия мы находим (насколько это вообще можно установить по источникам) у Витрувия, римского архитектора. В работе «Об архитектуре» он использует понятие «*norma*» для характеристики используемого строителем угломера — плоского, равноугольного инструмента, рамки, с помощью которой при строительстве выводился прямой угол. Витрувий употребляет «*norma*», обозначая под этим понятием также и прямой угол. Легко увидеть, что прямой угол — «*norma*» в терминологии Витрувия — может быть выведен и без соответствующей строительной рамки, как это было предложено в пифагорейском учении: «Возьмем три палки, из которых длина *ac* составляет три фута, длина *ab* составляет четыре фута, а длина *bc* составляет пять футов, сложим их так, что, соприкасаясь в своих концах между собой, они образуют треугольник *abc*, и получим безупречно прямой угол *bac*».¹

Вслед за этими архитектурными разработками понятие «*norma*» стало использоваться и в других сферах.² В сочинении «О законах» Цицерон говорит о природе как «норме закона», как о масштабе закона;³ Фома Аквинский использует понятие «*norma*» в своей основной работе «Сумма теологии» в качестве синонима «правила» (*regula*).⁴ В творчестве Канта понятие «*Norm*» находится на периферии — в «Критике чистого разума» оно используется в характерной для Канта формулировке: «Все эмпирические законы суть лишь частные определения чистых законов рассудка; они возможны, и явления принимают законосообразную форму, только подчиняясь этим чистым законам рассудка и соотносясь с ними как нормой».⁵ Столетие спустя неокантианец баденской школы Вильгельм Виндельбанд перестраивает базовое деление кантовской философии по критериям

¹ Витрувий. Десять книг об архитектуре. М., 1936. Кн. 9. Ч. 6.

² Hofmann H. Norm // Historisches Wörterbuch der Philosophie. Bd. 6. Basel, 1984. S. 906–910.

³ Cicero. De Legibus II. XXIV. 61 (цит по.: Цицерон Марк Туллий. О законах // Цицерон Марк Туллий. Диалоги. О государстве; О законах. М., 1994. С. 114).

⁴ Thomas von Aquin. Summa Theologiae I/II. 101. 1 (цит по: Фома Аквинский. Сумма теологии. Ч. II-I. Вопрос 101. Ст. 1 // Фома Аквинский. Сумма теологии. Ч. II-I. Вопросы 90–114. Киев, 2010).

⁵ Kant I. Kritik der reinen Vernunft. Riga, 1781. S. 128 (цит по: Кант И. Критика чистого разума. М., 1994. С. 513).

естественной и нормативной «закономерности»: ⁶ «Психологические законы являются естественными», а все естественные законы отражают «действие закона причинности». ⁷ «Напротив, те законы, в которых мы находим наши логические, этические и эстетические представления, суть идеальные нормы, согласно которым мы судим о ценности того, что происходит по природной закономерности». ⁸ В те же годы схожее деление проводили Вильгельм Вундт и Георг Зиммель. ⁹

Под влиянием Виндельбанда, Вундта и Зиммеля (по крайней мере, в том, что касается исходных установок) Ганс Кельзен внес наибольший вклад в уяснение понятия «норма» за прошедшее столетие. ¹⁰ В системе Кельзена ¹¹ речь идет не столько о понятии или понятиях нормы, сколько

⁶ Ни Эдмунд Гуссерль, ни Готлоб Фреге не были готовы следовать за Виндельбандом в вопросах нормативной структуры логики. Оба эти мыслителя пытались продемонстрировать, что законы логики имеют дескриптивную природу и что предположение за ними нормативной природы потребовало бы презумпции наличия дополнительного предписывающего модального оператора, следуя которому должно повиноваться законам логики. Ср.: *Frege G. Grundgesetze der Arithmetik*. Jena, 1893/1903. Bd. 1. Vorwort. S. XV (*Фреге Г.* Основположения арифметики. Томск, 2000); *Husserl E. Logische Untersuchungen*. T. 1. Prolegomena zur reinen Logik. Tübingen, 1900. § 41 (*Гуссерль Э.* Логические исследования. Т. 1. М., 2001).

⁷ *Windelband W. Normen und Naturgesetze // Präludien*. Eschborn, 1884. S. 217–218 (цит. по: *Виндельбанд В.* Нормы и законы природы // *Виндельбанд В.* Философия культуры. Избранное. М., 1994. С. 233). — По поводу понятия нормы см. у Виндельбанда также: *Windelband W. Über Norm und Normalität // Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform*. 1906/1907. N 3. S. 1–13.

⁸ Неточная цитата. Ср.: «Напротив, “законы”, действующие в нашей логической, этической и эстетической совести, совершенно не связаны с теоретическим объяснением тех фактов, к которым они относятся. Они говорят лишь, какими должны быть эти факты, чтобы заслужить всеобщее одобрение в качестве истинных, добрых, прекрасных. Следовательно, они не законы, по которым события должны объективно происходить или субъективно быть поняты, а идеальные нормы, в соответствии с которыми выносятся суждения о ценности того, что происходит в силу естественной необходимости. Эти нормы служат правилами оценки» (*Виндельбанд В.* Нормы и законы природы. С. 234). — *Прим. пер.*

⁹ *Wundt W. Ethik*. 1903. 3. Aufl. Bd. 1. S. 1–10 et passim (*Вундт В.* Этика: Принципы нравственности. Области нравственной жизни. М., 2011); *Simmel G. Einleitung in die Moralwissenschaft*. Stuttgart; Berlin, 1892. Bd. 1. S. 1–84 et passim.

¹⁰ Ср.: *Kelsen H.* 1) *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*. Tübingen, 1911; 2) *Reine Rechtslehre*. 1. Aufl. Leipzig; Wien, 1934; 3) *Allgemeine Theorie der Normen*. Wien, 1979. — Эти три ключевые работы Кельзена показательны для трех соответствующих фаз развития его мысли: конструктивизм (примерно до 1920 г.), неокантианская фаза (примерно до 1960 г.) и фаза позднего творчества (начиная с 1960 г.). Ср.: *Paulson S. L.* 1) *Four Phases in Hans Kelsen's Legal Theory? Reflections on a Periodization // Oxford Journal of Legal Studies*. 1998. N 18. P. 153–166; 2) *Arriving at a Defensible Periodization of Hans Kelsen's Legal Theory // Oxford Journal of Legal Studies*. 1999. N 19. P. 351–364. — В любом случае позднее учение Кельзена о праве резко контрастирует с двумя предыдущими фазами. Это своего рода волевая теория, и поэтому при изучении концепции нормативности по Кельзену ее можно оставить в стороне.

¹¹ Под «системой» Кельзена я понимаю совокупность используемого им инструментария, который намного богаче, чем любое из приписываемых Кельзену последовательно сконструированных учений о праве, независимо от формы таких учений. Ср.: *Hauser R.* *Norm, Recht und Staat*. Wien, 1968; *Dreier H.* *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*. 2. Aufl. Baden-Baden, 1990; *Heidemann C.* *Die Norm als Tatsache*. Baden-Baden, 1997; *Celano B.* *La teoria del diritto di Hans Kelsen*. Bologna, 1999; *Dias G. N.* *Rechtspositivismus und Rechtstheorie*. Tübingen, 2005. — Новые подходы к различным аспектам учения о праве Кельзена см.: *Hans Kelsen. Staatsrechtslehrer und*

о различных принципах нормативности, которые, как кажется, противоречат пониманию нормативности, сформулированному в чистом учении о праве. Два из этих принципов представляют особый интерес. Первый из них концентрирует наше внимание на тезисе о внутренней нормативности, второй — на тезисе о модальной нормативности. Из первого тезиса мы исходим, когда с помощью кельзеновской аргументации обосновываем обязанность субъекта права подчиняться велениям права. Так, Джозеф Раз, защитник приписываемого Кельзену тезиса о внутренней нормативности, утверждает: «Понятие нормативности права и обязанность повиноваться праву аналитически взаимосвязаны. Кельзен рассматривает право как действующее, т. е. как нормативное, только потому, что праву должно повиноваться».¹²

Здесь создается впечатление, что учение Кельзена о праве — следуя тезису о внутренней нормативности — более схоже с естественно-правовым учением, чем с правовым позитивизмом, основанным на фактах. Именно это сравнение и приводит далее Раз: между Кельзеном и сторонниками естественного права есть нечто общее: «Хотя Кельзен и отказывается от естественно-правовой доктрины, он последовательно использует естественно-правовое учение о нормативности, т. е. понятие законосообразной нормативности».¹³

Но на чем покоится такое утверждение? Подобное положение, как и любая философская теория, должно основываться на аргументах. Следуя кельзеновскому постулату чистоты, недопустимо ссылаться ни на мораль, ни на факты.¹⁴ В этом заключается «двойное противопоставление»,¹⁵ с которым Кельзен выступает как против естественно-правового учения, так и против основанного на фактах правового позитивизма. И если Кельзен выдвигал бы при этом аргументы для обоснования тезиса о внутренней нормативности, то речь должна была бы идти именно о трансцендентальной аргументации. Некоторые фразы из сочинений Кельзена дают повод утверждать, что он на самом деле развивал трансцендентальную аргументацию.

Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts / hrsg. S. L. Paulson, M. Stolleis. Tübingen, 2005. — Недавно в области конституционного права также появилась следующая работа: *Walter R. Hans Kelsen als Verfassungsrichter*. Wien, 2005.

¹² *Raz J. Kelsen's Theory of the Basic Norm // The American Journal of Jurisprudence*. 1974. N 19. P. 105.

¹³ *Ibid.* P. 110 ff.

¹⁴ Здесь можно привести характерную для Кельзена формулировку постулата чистоты: «Чистоты учения или, что то же самое, самостоятельности права как предмета научного познания в своих ранних работах я пытался достичь двумя путями. Так, я выступал против требования так называемого «социологического» рассмотрения права, в рамках которого право понималось как некая *естественно* заданная реальность, которую можно изучать методами наук, основанных на *причинно-следственной* связи. Я также выступал против естественно-правового учения, которое игнорирует то, что единственной возможной привязкой науки о праве является позитивное право, и которое поэтому переносит теорию права из области позитивных правовых предположений в область этического-политических постулатов (курсив Кельзена. — *Прим. пер.*)» (*Kelsen H. Hauptprobleme der Staatsrechtslehre. Vorrede zur 2. Aufl. Tübingen, 1923. S. V*).

¹⁵ *Dreier H. Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*. S. 27.

2. ТЕЗИС О ВНУТРЕННЕЙ НОРМАТИВНОСТИ

Термин «трансцендентальное» в работах Канта указывает на условия возможности познания.¹⁶ Понятие «трансцендентное», которое используется со времен Канта в качестве контрарного понятию «трансцендентальное», обозначает то, из чего исходит любое познание.¹⁷ В первом издании «Чистого учения о праве», появившемся в 1934 г., Кельзен умеренно следует этому кантовскому делению.¹⁸ Он обозначает основную норму как трансцендентальную категорию¹⁹ и тем самым четко и ясно отличает ее от «трансцендентной идеи права»,²⁰ которая лежит за пределами мира явлений.²¹ То понятие права, из которого он исходит, Кельзен обозначает «в смысле кантианской философии как гносеологически-трансцендентальное, а не как метафизически-трансцендентное».²² В 1960 г. появляется второе издание «Чистого учения о праве», где Кельзен акцентирует поставленный ранее вопрос о трансцендентальности: «Как возможно такое толкование субъективного смысла определенных фактов, которое не вело бы к природе или к божеству, но которое наделяло бы систему правовых предложений качеством объективно действительных правовых норм?».²³

Отвечая на собственный вопрос, Кельзен ссылается на основную норму: «Только при условии предположения основной нормы можно истолковывать субъективный смысл конституирующих фактов и установленных согласно конституции фактов как их объективный смысл. Иными словами, истолковывать эти факты как объективно действительные правовые нормы. Здесь основная норма в том виде, в котором она конструируется наукой о праве, может быть обозначена (если по аналогии использовать понятие кантовской гносеологии) как трансцендентально-логическое условие истолкования».²⁴

Это трансцендентальное истолкование у Кельзена присутствовало уже в появившемся в 1925 г. «Общем учении о государстве». Там применительно к отношению между основной нормой и обязательностью права Кельзен пишет: «Основная или исходная норма, которая обосновывает

¹⁶ «Я называю трансцендентальным всякое познание, занимающееся не столько предметами, сколько видами нашего познания предметов, поскольку это познание должно быть возможным *a priori*. Система таких понятий называлась бы трансцендентальной философией (курсив Канта. — Прим. пер.)» (*Kant I. Kritik der reinen Vernunft*. S. 25 (цит. по: *Кант И. Критика чистого разума*. С. 43)).

¹⁷ Там же. С. 417–418.

¹⁸ Касательно понятия «трансцендентное» см.: *Kelsen H. Reine Rechtslehre*. 1. Aufl. § 8. S. 14; § 10. S. 19; § 11(b). S. 24. — По поводу понятия «трансцендентальное» см.: *Ibid.* § 11(b)–(c). S. 21–25; § 29. S. 67. — См. также об этих двух понятиях: *Kelsen H. Reine Rechtslehre*. 2. Aufl. Wien, 1960. § 34(d). S. 204.

¹⁹ Использование Кельзенем терминологии, связанной с «категориями», далеко от четкости. В разных местах под трансцендентальной категорией он понимает и основную норму, и периферийное вменение, и должествование — причем применяет в этих случаях одинаковые термины. См. об этом: *Alexy R. Kelsens Begriff des relativen Apriori // Neukantianismus und Rechtsphilosophie / hrsg. R. Alexy, L. H. Meyer, S. L. Paulson, G. Sprenger*. Baden-Baden, 2002. S. 179–202. — В настоящей работе в ракурсе трансцендентального или кантианского принципа мы рассмотрим только основную норму как трансцендентальную категорию. О периферийном вменении см. разд. 3 ниже.

²⁰ *Kelsen H. Reine Rechtslehre*. 1. Aufl. § 11(b). S. 24.

²¹ *Ibid.* § 8. S. 10.

²² *Ibid.* § 11(b). S. 24.

²³ *Kelsen H. Reine Rechtslehre*. 2. Aufl. § 34(d). S. 205.

²⁴ *Ibid.* § 34(d). S. 204 ff.

систему правового порядка, в качестве своего специфического содержания устанавливает, что существует некий авторитет, некий источник права, высказывания которого будут действовать как юридически обязывающие. Если для простоты упростить значение основной нормы, то она звучит следующим образом: «Ведите себя так, как повелевает правовой авторитет — монарх, народное собрание, парламент и т. п.».²⁵

Кельзен утверждает, что право наделяется обязательностью через основную норму как категорию. Здесь, на первый взгляд, и заключается причина рассмотрения основной нормы как категории, близкой к тезису о внутренней нормативности.

2.1. Трансцендентальная аргументация?

Широко известно, что образ основной нормы привел к возникновению целого ряда вопросов,²⁶ в особенности следующего вопроса: за счет чего обосновывается то, что основная норма как правовая категория наделяет право обязательностью? Обязывающая сила основной нормы обосновывается в рамках уже озвученной трансцендентальной аргументации, которая демонстрирует только то, что спорный тезис об обязательности права может быть сконструирован с помощью категории основной нормы, и что без этой категории он был бы невозможен.²⁷

Однако в результате «трансцендентальная» (в кантовском смысле) аргументация оказывается несостоятельной. Сам Кельзен релятивирует свою идею за счет признания того, что основная норма есть лишь возможное, но не необходимое толкование рассматриваемого материала. Если играть в «юридическую игру», то, согласно Кельзену, без основной нормы не обойтись. Но в такую игру играть не обязательно. Поэтому нельзя опровергнуть утверждение, что «если не видеть ничего, кроме голой силы там, где юристы говорят о праве, то это будет теоретическим анархизмом». В общем, нельзя доказать существование права так, как доказываются природные факты и господствующие над ними законы природы.²⁸

Вместе с тем для Кельзена отсюда не следует, что трансцендентальная аргументация невозможна в принципе — такую аргументацию просто невозможно вести *за пределами* «факта существования науки о праве» (если пользоваться терминологией неокантианцев). Таким образом опровергается выдвигаемое анархистами «альтернативное возражение».

Если же исходить из факта существования науки о праве, то трансцендентальная аргументация оказывается возможной. Известному по неокантианской философии исходному пункту исследования (факту существования науки)²⁹ на деле соответствует приведенная выше формула: «Люди играют

²⁵ Kelsen H. Allgemeine Staatslehre. Berlin, 1925. § 19(c). S. 99.

²⁶ См., напр.: Paulson S. L. Die unterschiedlichen Formulierungen der «Grundnorm» // Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit. Festschrift für Werner Krawietz zum 60. Geburtstag / hrsg. A. Aarnio, S. L. Paulson, O. Weinberger, G. H. von Wright, D. Wyduckel. Berlin, 1993. S. 53–74.

²⁷ «Тот эмпирический материал, который представляет правовое значение, может быть истолкован в качестве права (т. е. как система правовых норм) только при наличии основной нормы» (Kelsen H. Reine Rechtslehre. 1. Aufl. § 29. S. 66).

²⁸ Ibid. § 16. S. 36.

²⁹ Ср., напр., с формулой Германа Когена: «Если я беру познание не как особое сознание, а как факт, который воспроизводится через науку и который будет далее развиваться на ранее заложенных основаниях, то исследование уже будет связано не с полностью субъективным фактом, а с тем фактом, который выступает во многочисленных обликах и поэтому является объективно заданным и основанным на принципах. Речь

в юридическую игру». В появившемся в 1934 г. «Чистом учении о праве» сам Кельзен использует неокантианскую формулу для характеристики избранного им исходного пункта исследования: «Возможность и необходимость такой теории доказывается уже самим фактом многотысячелетнего существования науки о праве, которая — пока существует право — в качестве догматической юриспруденции служит интеллектуальным потребностям тех, кто имеет дело с правом».³⁰ И уже из факта существования науки о праве можно вывести неизбежность основной нормы.

2.2. «Альтернативное возражение»

Здесь мы стоим перед задачей ведения трансцендентальной аргументации, хотя такая аргументация возможна в силу самого факта существования науки о праве. Нужно доказать, что исходная посылка невозможна без предпосылки основной нормы. Если в качестве исходной основы брать факт существования науки, то должно быть возможным то, из чего состоит данный факт. Так, из возможности факта существования науки о праве следует неизбежность предпосылки основной нормы.

Однако следует ли такая неизбежность в действительности? Здесь в игру вновь вступает «альтернативное возражение», причем даже в тех случаях, когда Кельзен не рассматривает данную проблему с позиций внутреннего наблюдателя правового порядка. Ради сравнения возьмем позицию внешнего наблюдателя правового порядка. Как наглядно показал Кельзен, с этой позиции анархист готов по-иному объяснить то, что мы рассматриваем в качестве «нормативного» материала, — в качестве простого властеотношения. Наличие такого варианта и возможность его дальнейше-го обоснования не вытекают из самой трансцендентальной аргументации. Подобная аргументация допускает только возможность искомого предмета науки о праве — эта возможность предполагается за счет категории основной нормы, вводимой в рамках данной аргументации. Отсюда следует необходимость самой этой категории. Но если для объяснения возможности существования предмета науки о праве и для полного понимания данного предмета достаточно альтернативного положения, то категория основной нормы не является необходимой. Поэтому сила трансцендентальной аргументации оказывается подорванной.

Но почему ситуация будет иной, если на нее смотреть с позиций внутреннего наблюдателя правового порядка? Единственное, что меняется с этой точки зрения, — это природа возможных вариантов. В данном случае варианты будут заключаться в конкурирующих учениях о праве, а вопрос будет стоять таким образом: почему нужно отдать предпочтение именно кельзеновскому, а не какому-то другому учению о праве?

В любом случае на первый взгляд кажется, что Кельзен стоит на твердой почве. С одной стороны, он полагает, что на самом деле есть только два основных варианта: классическое естественно-правовое учение и стандартный, основанный на фактах правовой позитивизм. С другой стороны, Кельзен считает возможным показать, что оба этих учения опорочены существенными ошибками.

уже будет идти не о процессе и категориальном аппарате познания, а о самих результатах познания, о науке. Тогда вопрос будет ясным и очевидным: *из каких предпосылок обретает очевидность данный предмет науки? (курсив Когена. — Прим. пер.)*» (Cohen H. Das Prinzip der Infinitesimal-Methode und seine Geschichte. Berlin, 1883. S. 5).

³⁰ Kelsen H. Reine Rechtslehre. 1. Aufl. § 29. S. 37.

Начнем со второго утверждения. Кельзен имел веские основания для отказа от стандартного, основанного на фактах правового позитивизма³¹ по причине того, что этот позитивизм, как превосходно продемонстрировано ученым, не может понять нормативную составляющую права. Тем не менее далеко не очевидна состоятельность той риторики, с помощью которой Кельзен опровергает естественно-правовое учение. Вместо аргументов мыслитель нередко предлагает всего лишь неконкретный скептицизм, частично выраженный при помощи резких слов. Поэтому связь чистого учения о праве с Кантом отрицается этим учением: «Настоящая кантианская философия смотрит только на этику. Бесплезность такого взгляда легко демонстрируется и утверждается тем, кто видит в кантианской трансцендентальной философии великое философское достижение».³²

Уже само по себе отрицание (по тем или иным основаниям) естественно-правового учения, сама по себе скептическая позиция по отношению к «естественному» дают возможность заключить, что рассматриваемая альтернатива кельзеновскому учению о праве остается не опровергнутой.

Однако даже если (здесь я обращаюсь к первому утверждению) мы будем исходить из того, что Кельзен мог бы найти решающий аргумент для полного и окончательного опровержения естественно-правового учения, то и отсюда еще не следует то, во что нас пытаются заставить поверить Кельзен. Ведь у него нет никаких аргументов в пользу утверждения, согласно которому три рассматриваемых учения (естественно-правовое учение, стандартный, основанный на фактах правовой позитивизм и собственное учение Кельзена о праве) полностью исчерпывают спектр всех возможных учений о праве. Здесь Кельзен сам попадает в вырытую им яму. Ведь если предположить, что кельзеновское учение о праве является третьей разновидностью учений о праве и находится на том же уровне абстракции, что и два других вида учений, то рушится традиционный принцип «третьего не дано». Отсюда следует не только возможность третьего вида учения о праве, но и возможность четвертого, пятого и т. д. учений. И хотя Кельзен напрямую не упоминал максимы «четвертого не дано», но исходил из нее по умолчанию. Короче говоря, с точки зрения внутреннего наблюдателя «альтернативное возражение» не только не теряет, но и, наоборот, упрочивает свою силу.

Поскольку тезис о внутренней нормативности вопреки его изначальной привлекательности оказывается весьма проблематичным, имеет смысл более детально разобрать другой принцип — тезис о модальной нормативности.

3. ТЕЗИС О МОДАЛЬНОЙ НОРМАТИВНОСТИ

Применительно к тезису о модальной нормативности речь идет о «методологическом принципе».³³ С этой точки зрения очевидным

³¹ О многочисленных теоретиках, которые до Кельзена и в годы его жизни выступали в защиту естественно-правовых позиций, см.: *Paulson S. L.* 1) *Läßt sich die Reine Rechtslehre transzendental begründen?* // *Rechtstheorie*. 1990. N 21. S. 159 ff.; 2) *Konstruktivismus, Methodendualismus und Zurechnung im Frühwerk Hans Kelsens* // *Archiv des öffentlichen Rechts*. 1999. N 124. S. 631–657.

³² *Kelsen H.* *Reine Rechtslehre, «Labandismus» und Neukantianismus. Ein Brief an Renato Treves* // *Kelsen H., Treves R. Formalismo giuridico e realtà sociale*. Neapel, 1992. S. 58 (письмо Кельзена от 3 августа 1933 г.).

³³ В современной литературе особый, связанный с Кельзенем методологический подход можно найти в работах Ральфа Дрейера. Впрочем, позиция этого автора

представляется кантианское (вернее, неокантианское) измерение кельзеновского учения о праве. Само понятие методологии может быть возведено к одной из ключевых работ представителя баденской школы неокантианства Генриха Риккерта.

3.1. Методологическая форма

В последней главе своей работы «Предмет знания» Риккерт разделяет «конститутивные категории действительности» и связанные с наукой «методологические формы». ³⁴ В качестве примера конститутивной категории действительности Риккерт приводит «вещность», ³⁵ а в качестве примера методологических форм — закономерность в естественных науках. ³⁶ Однако закономерность нужно рассматривать в качестве методологической «родовой формы», в которую облекается любая естественная наука. Далее Риккерт говорит о тех методологических формах, которые находятся за пределами родовых форм, хотя и не приводит примеров. ³⁷ Предполагается, что эти методологические формы присущи соответствующим отдельным научным дисциплинам. Методологической формой для науки о праве будет форма правового закона. ³⁸

Риккерт начинает свой анализ с понятия «объективная действительность». Основная идея Риккерта заключается в том, что объективная действительность конструируется при помощи категорий действительности, и что полученный благодаря объективной действительности материал отдельных научных дисциплин может быть переработан в свойственную этим дисциплинам методологическую форму. По словам Риккерта, «по причине своеобразного значения формы... которая зиждется на причинности и вещиности, ее следует обозначить особым именем, чтобы отличить ее от иных немногочисленных изначальных методологических форм. Наряду с выражением “объективная действительность”, мы также можем говорить о формах объективной действительности... При этом мы предпочитаем термин “конститутивная”. Этот термин отражает именно то, что мы имеем в виду, поскольку рассматриваемые формы конституируют то, что предпосылается в качестве готового продукта или реального материала познания. По этой причине нужно обозначить в качестве “конститутивных категорий действительности”... те категории, которые преобразуют фактически данное в объективно действительный мир». ³⁹

отличается от позиции Риккерта. Ср.: *Dreier R.* Sein und Sollen. Bemerkungen zur Reinen Rechtslehre Kelsens // *Juristen-Zeitung*. 1972. N 27. S. 329–335; *Paulson S. L.* Ralf Dreiers Kelsen // *Integratives Verstehen. Zur Rechtsphilosophie Ralf Dreiers* / hrsg. R. Alexy. Tübingen, 2004. S. 159–197.

³⁴ Ср.: *Rickert H.* Der Gegenstand der Erkenntnis. 6. Aufl. Tübingen, 1928. Kap. 5, bes. § IV–V (*Риккерт Г.* Введение в трансцендентальную философию. Предмет познания. 2-е изд., Киев, 1904). — Ср. также: *Baumgartner H.-M., Gerhardt G., Konhardt K., Schönrich G.* Kategorie, Kategorienlehre // *Historisches Wörterbuch der Philosophie*. Basel, 1976. Bd. 4. S. 714–776.

³⁵ *Rickert H.* Der Gegenstand der Erkenntnis. S. 404.

³⁶ *Ibid.* S. 406 ff.

³⁷ *Ibid.* S. 404, 407, 410, 411, 424, 426 et passim; *Rickert H.* Die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung. Tübingen, 1929. 5. Aufl. S. 208, 210, 217, 221 et passim. (ср.: *Риккерт Г.* Границы естественно-научного образования понятий. СПб., 1903).

³⁸ *Kelsen H.* 1) Hauptprobleme der Staatsrechtslehre. Vorrede zur 2. Aufl. S. VI–VII; 2) Reine Rechtslehre. 1. Aufl. § 11(b). S. 22 ff.

³⁹ *Rickert H.* Der Gegenstand der Erkenntnis. S. 406 ff.

Конститутивные категории действительности могут быть возведены к трансцендентальной философии, при этом систематическая структура различных методологических форм ставит «проблему философии науки в узком смысле».⁴⁰

Прежде чем перейти к вопросу о том, каким образом данный научный инструментарий становится основой методологической позиции Кельзена, я позволю себе сделать одно замечание о значении введенного Риккертом деления для неокантианства. В литературе о неокантианстве можно часто встретить клише, согласно которому неокантианцами являются те, кто применяет к отдельным научным дисциплинам элементы трансцендентальной критики, сформулированные в «Критике чистого разума» Канта. Такого мнения придерживался сам Ганс Кельзен. Согласно Кельзену, Кант должен был значительно расширить области применения своей трансцендентальной философии. Это особенно заметно на примере практической философии Канта: «Именно в метафизическом дуализме покоится центр тяжести христианского учения; против этого дуализма Кант ожесточенно боролся в своей теоретической философии и преуспел в разрушении этого учения по всем направлениям. Но здесь Кант не использовал свой трансцендентальный метод. На данное противоречие критического идеализма достаточно часто обращалось внимание. Таким образом, Кант как философ права остался на проторенной дорожке естественно-правового учения, хотя задачей его трансцендентальной философии было создание основания для позитивистского учения о праве и государстве».⁴¹ Для выполнения этой задачи Канту следовало шире применять «трансцендентальный метод» (если воспользоваться неокантианской терминологией), особенно в области учения о праве и государстве.

Против такого клише можно возразить, что в намерения Риккерта не входило применение трансцендентальной философии с ее конститутивными категориями к отдельным научным дисциплинам. Его замысел был противоположным — именно на это показывает вводимое Риккертом деление между категориями действительности и методологическими формами. Для того чтобы избежать использования упрощающих понятий, Риккерт вводит разделение труда между этими терминами. Так, конституирование объективной действительности есть задача категорий действительности, тогда как проработка уже имеющегося материала оставляется методологическим формам.

3.2. Четыре аспекта тезиса о модальной нормативности

Вводимое Риккертом деление между конститутивными категориями действительности и методологическими формами образует основу кельзеновского тезиса о модальной нормативности. Для этого тезиса значимы четыре аспекта: 1) борьба Кельзена против натурализма в науке о праве; 2) его «учение о двух мирах» — эту конструкцию Кельзен также перенял у неокантианцев баденской школы; 3) введение правового закона как методологической формы науки о праве; 4) основанная на данной методологической форме модальность реконструируемого правового предложения.

⁴⁰ Ibid. S. 404.

⁴¹ *Kelsen H.* Die Philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus. Charlottenburg, 1928. § 40. S. 76. — Ср. также: *Kelsen H.* Reine Rechtslehre, «Labandismus» und Neukantianismus. S. 56–58.

3.2.1. Борьба Кельзена против натурализма

Как уже говорилось, первостепенное значение для нашего исследования имеет борьба Кельзена против натурализма, которую он вел начиная с самых своих первых работ. В качестве примера такой борьбы можно привести критику Кельзена в адрес Георга Еллинека. Первоначально может сложиться впечатление, что Еллинек во имя своей «двусторонней» теории государства рассматривает юридическую сторону государства как несводимую к его нормативной стороне.⁴² Поэтому Кельзен имеет все основания утверждать, что, следуя подходу Еллинека, можно считать правовые нормы «не чем иным, как правилами бытия, которые в психологическом смысле отражаются как должное в правомерных действиях».⁴³ Благодаря «такому полностью психологическому воззрению на сущность правовой нормы»⁴⁴ учение Еллинека не оправдывает своей претензии на статус радикального эмпиризма.

Немалое значение имеет то, что Кельзен говорит о психологизме Еллинека. Антинатуралистическую направленность в чистом учении о праве Кельзена следует рассматривать как протест против другой антинатуралистической программы того времени, т. е. против психологизма, против требования о том, чтобы в основании логики и гносеологии лежала психология. Здесь следует упомянуть прежде всего о Готлобе Фреге и Эдмунде Гуссерле — написанные на рубеже веков работы этих мыслителей нужно рассматривать как наиболее яркое выражение программы борьбы против психологизма.⁴⁵ Кельзен отдавал себе отчет о роли Гуссерля в этой борьбе.⁴⁶

Вместе с тем Фреге и Гуссерль являются лишь наиболее показательными случаями того направления в немецкоязычной философии, которое можно обозначить как «борьбу против натурализма». Например, Генрих Риккерт и Гуго Мюнстерберг предпринимали попытки сохранить самостоятельность наук о духе во имя автономии этих наук перед лицом становления «новой психологии» как эмпирической дисциплины.⁴⁷

Подобно Фреге, Гуссерлю, Риккерту, Мюнстербергу и другим мыслителям, Кельзен также вступил в борьбу против натурализма. Уже в «Основных проблемах учения о государственном праве» основой правового учения Кельзена было убеждение в том, что редуцирование нормативного материала к фактическим условиям является принципиальной ошибкой. Однако целью создания антинатуралистического учения о праве не явля-

⁴² Ср.: *Jellinek G.* 1) *System der subjektiven öffentlichen Rechte.* 2. Aufl. Tübingen, 1905. S. 12–41 (ср.: *Еллинек Г.* Система субъективных публичных прав. СПб., 1913); 2) *Allgemeine Staatslehre.* 3. Aufl. Berlin, 1914. S. 74, 136–140 (ср.: *Еллинек Г.* Общее учение о государстве. СПб., 2004).

⁴³ *Kelsen H.* *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff.* Tübingen, 1922. § 20. S. 119.

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ *Frege G.* 1) *Grundgesetze der Arithmetik.* Jena, 1893/1903. Bd. 1. Vorwort. S. V–XXVI (ср.: *Фреге Г.* Основовоположения арифметики. С. 9–14); 2) *Rezension von: E. G. Husserl. Philosophie der Arithmetik I // Zeitschrift für Philosophie und philosophische Kritik.* 1894. N 103. S. 313–332; *Husserl E.* *Logische Untersuchungen.* T. 1. *Prolegomena zur reinen Logik.* § 17–51 (*Гуссерль Э.* Логические исследования. Т. 1).

⁴⁶ *Kelsen H.* 1) *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre.* S. 67; 2) *Vorrede zur 2. Aufl.* 1923 // *Ibid.* S. IX–X.

⁴⁷ *Rickert H.* *Die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung; Münsterberg H.* 1) *Grundzüge der Psychologie.* Leipzig, 1900; 2) *Philosophie der Werte. Grundzüge einer Weltanschauung.* Leipzig, 1908.

ется победа над натурализмом. Такая победа лишь позволяет реализовать остальные задачи программы. Так, если правовой материал не может быть редуцирован к фактическим условиям, то вновь встает вопрос об онтологическом статусе этого правового материала. Ответ Кельзена на этот вопрос был дан путем трехэтапной интеграции неокантианской теории двух миров в свое учение о праве.

3.2.2. Теория двух миров

Первый этап состоит в принятии двух резко противоречащих друг другу воззрений; второй — во введении свойственного второму воззрению деления сущего и должного; третий — во введении самой теории двух миров.

Прежде всего, Кельзен перенимает разделение двух воззрений, первое из которых связано с естественными науками, а второе — с нормативными науками.⁴⁸ Ссылаясь на Вундта,⁴⁹ он характеризует противоположность объясняющих и нормативных научных дисциплин так: «Данная противоположность имеет огромное значение для метода нормативных научных дисциплин и особенно для науки о праве. Она основана на различии исходных пунктов, с которых осуществляется изучение объекта. Если естественные науки ставят своей задачей обнаружение и объяснение фактического содержания вещей, познание сущего, то нормативные науки занимаются установлением правил, которые предписывают поведение, требуют быть или не быть, иными словами, устанавливают долженствование. Первый путь исследования обозначается как экспликативный, а второй — как нормативный. Устанавливающие долженствование правила рассматриваются как нормы, тогда как правила сущего действуют как законы природы в широком смысле».⁵⁰

Исходя из этих двух воззрений, следуя при этом идеям Зиммеля,⁵¹ в рамках второго этапа Кельзен вводит в свое учение проверенное временем деление между сущим и должным, которое соответствует противопоставлению двух вышеназванных воззрений: «Полноценное противопоставление закона природы и нормы возможно только на основе полноценного разделения сущего и должного. Если я говорю о чем-то: “Это есть”, то я могу сказать о том же: “Это должно быть”, — но в этих двух случаях я буду говорить совершенно разные вещи».⁵²

Кельзен разъясняет, что сущее и должное являются наиболее общими направлениями мышления,⁵³ или, если следовать терминологии Зиммеля, фундаментальными модусами мышления. Зиммель сравнивает эти модусы с грамматическими категориями — с будущим и прошедшим временами, с сослагательным и желательным наклонениями.⁵⁴ Кельзен идет еще дальше: сущее и должное столь же фундаментальны, как грамматические категории, если рассматривать их в качестве элементарных процессов. В этих

⁴⁸ *Kelsen H.* Hauptprobleme der Staatsrechtslehre. S. 4–5. — При этом Кельзен ссылается на работы Виндельбанда («Нормы и законы природы»), Зиммеля («Введение в науку о морали») и Вундта («Этика»).

⁴⁹ Ср.: *Вундт В.* Этика.

⁵⁰ *Kelsen H.* Hauptprobleme der Staatsrechtslehre. S. 5.

⁵¹ *Simmel G.* Einleitung in die Moralwissenschaft. Bd. 1. S. 8 ff.

⁵² *Kelsen H.* Hauptprobleme der Staatsrechtslehre. S. 7.

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ *Simmel G.* Einleitung in die Moralwissenschaft. Bd. 1. S. 9.

процессах отчетливо проявляются две формы мышления, которые следует отграничить друг от друга: индикативная и нормативная.⁵⁵

Согласно Кельзену принципиальное различие между формами мышления сущего и должного позволяет рассматривать сущее и должное как «два отделенных друг от друга мира».⁵⁶ Здесь Кельзен завершает третий этап и принимает теорию двух миров.⁵⁷ В первом из миров находится физическое и психическое. Второй мир состоит из смысловых содержаний, включая в себя также правовые смысловые содержания. Однако перед Кельзенем встает задача объяснения основных характеристик этих двух миров — не в последнюю очередь для того, чтобы понять нормативность.

Здесь Кельзен заимствует отдельные элементы инструментария неокантианства баденской школы. В этом отношении немалое значение имеет неокантианская идея философской действительности, которая характерна для второго мира.⁵⁸ Смысловое содержание второго мира не выступает в качестве «реальности», а действует (по терминологии Риккерта) в качестве неких «нереальных» сущностей. В рамках второго мира Кельзен проводит различие между ненормативным и нормативным смысловым содержанием, а в рамках нормативного множества он отграничивает неправовое смысловое содержание от правового. Нормативное множество состоит из смысловых содержаний, выступающих в качестве правовых норм. Форма этих норм обусловлена методологической формой, свойственной науке о праве.

На этом можно считать завершенным третий этап заимствования теории двух миров — теории, которая составляет второй аспект тезиса о модальной нормативности. Третий аспект представлен уже упомянутым правовым законом, выступающим в качестве методологической формы науки о праве.

3.2.3. Правовой закон как методологическая форма

Понятие правового закона появилось в новом предисловии к переизданному в 1923 г. сочинению «Основные проблемы учения о государственном праве». В приводимой ниже цитате предстают размышления Кельзена о принципе этой работы, первоначально вышедшей в свет в 1911 г.: «Дополнительно к толкованию Канта со стороны Виндельбанда и Зиммеля для меня долженствование является выражением особенности права, устанавливаемого наукой о праве, отличающим право от «социологически» постигаемого общественного бытия. Здесь норма как суждение о должном противостоит закону природы, а квалифицируемое в качестве нормы юридическое правило противостоит особому причинно-следственному закону социологии. Поэтому юридическое правило является для меня выражением особой правозаконности (*Rechtsgesetzlichkeit*) и в качестве правового закона становится основной проблемой».⁵⁹ Здесь отчетливо проявляется

⁵⁵ Kelsen H. Hauptprobleme der Staatsrechtslehre. S. 6–10.

⁵⁶ Ibid. S. 8.

⁵⁷ Именно Генрих Риккерт наиболее интенсивно занимался теорией двух миров и связанными с этой теорией проблемами (ср.: Paulson S. L. Faktum/Wert-Distinktion, Zwei-Welten-Lehre und immanenter Sinn // Neukantianismus und Rechtsphilosophie. S. 237 ff., 246–251).

⁵⁸ Ср.: Rickert H. System der Philosophie. T. 1. Allgemeine Grundlegung der Philosophie. Tübingen, 1921. S. 233–318.

⁵⁹ Kelsen H. Hauptprobleme der Staatsrechtslehre. Vorrede zur 2. Aufl. 1923. S. VI.

противоположность специфической закономерности права, его «самозаконности» и причинно-следственной закономерности фактического мира. Но как Кельзен понимает юридическое правило в противопоставлении закону природы? И как правовой закон соотносится с юридическим правилом?

Кельзен обращается к дальнейшему прояснению этих двух тем в первом издании «Чистого учения о праве»: «Как закон природы связывает некий факт с другим фактом в качестве причины и следствия, так и правовой закон связывает определенные правовые условия с правовыми последствиями, точнее, с последствиями правонарушения. В одном случае способом связывания фактов является причинность, а в другом — вменение, которое в чистом учении о праве признается в качестве особой самозаконности права. Как следствие возводится к своей причине, так и правовое последствие возводится к соответствующим правовым условиям, но в последнем случае связь не может рассматриваться как причинно-следственная. Правовое последствие (последствие правонарушения) вменяется некоему правовому условию».⁶⁰

В этих строках не просто повторяется противопоставление «особой самозаконности права» закону причинности — эта самозаконность здесь обозначается как вменение. Правовое предложение как методологическая форма науки о праве может быть объяснено через отсылку к периферийному вменению, которое протекает параллельно с причинно-следственной связью.⁶¹ Связь между этими двумя порядками представляет собой двоичное отношение, где «правовое условие» и «правовое последствие» соответствуют причине и следствию.

Вместе с тем кельзеновская формулировка периферийного вменения (с помощью которого правовому условию вменяется правовое последствие) остается слишком сложной и не может быть понята без предварительной проработки. Кельзен не имеет в виду, что некоему общему правовому условию как таковому вменяется некое правовое последствие. Подобное предположение, в конечном счете, основывается на смешении общей, гипотетически сформулированной правовой нормы с процессом выполнения antecedentного условия этой нормы в форме наступления факта соответствующего поведения. Однако при периферийном вменении речь идет о самом выполнении условия в форме наступления некоего факта. Это и подразумевает Кельзен, когда пишет в «Общем учении о государстве»: «Периферийное вменение всегда ведет от одного факта к другому».⁶² Тому или иному факту, например, поведенческому акту,

⁶⁰ *Kelsen H.* *Reine Rechtslehre.* 1. Aufl. § 11(b). S. 22.

⁶¹ *Kelsen H.* 1) *Allgemeine Staatslehre.* § 10(c). S. 48–51; 2) *Reine Rechtslehre.* 1. Aufl. § 11(b). S. 21–24; 3) *Reine Rechtslehre.* 2. Aufl. § 18–24. S. 79–106. — О периферийном вменении см.: *Renzikowski J.* *Der Begriff der «Zurechnung» in der Reinen Rechtslehre Hans Kelsens // Neukantianismus und Rechtsphilosophie.* S. 253–282; *Paulson L. S.* *Die Zurechnung als apriorische Kategorie in der Rechtslehre Hans Kelsens // Zurechnung als Operationalisierung von Verantwortung / hrsg. M. Kaufmann, J. Renzikowski.* Frankfurt/M., 2004. S. 93–120. — В последней работе авторы отсылают ко многочисленным работам Иохима Хрушкаса о понятии вменения, а также к работе: *Heidemann C.* *Der Begriff der Zurechnung bei Hans Kelsen // Hans Kelsen. Staatsrechtslehrer und Rechts-theoretiker des 20. Jahrhunderts / hrsg. S. L. Paulson, M. Stolleis.* Tübingen, 2005. S. 17–34.

⁶² *Kelsen H.* *Allgemeine Staatslehre.* § 12(d). S. 65. — Именно в этом месте появляется возможность провести границу между периферийным и центральным вменением — с точки зрения того, что эти виды вменения значат для субъекта права. Ср.: *Kelsen H.* *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre.* S. 121–162. — Об историческом контексте

который является antecedentом соответствующей общей, гипотетически сформулированной нормы, вменяется правовое последствие. Этим последствием является ответственность.

Та специфическая формула, которой, согласно учению Кельзена, предпосылается общая, гипотетически сформулированная норма, могла бы звучать следующим образом: «Если имеет место действие типа *H*, то это действие приобретает свойство — служить основанием для ответственности».⁶³ Ответственность «коррелятивно» соотносится с правомочием — указание на лицо, ответственное за противоправное поведение, порождает зеркальное правомочие правоприменительного органа обратить против такого лица санкцию.

Тот правовой закон, что Кельзен хочет обозначить как периферийное вменение, является методологической формой, с помощью которой перерабатывается правовой материал. Такая переработка порождает гипотетически сформулированное и реконструированное юридическое правило. Из данного правила, являющегося методологической формой науки о праве, вытекает не только то, что юридическое правило отражает форму периферийного вменения, но и модальность такого правила.

3.2.4. Модальность реконструированного юридического правила

Реконструированное юридическое правило представляет собой результат поиска Кельзеном «идеальной языковой формы», т. е. идеальной формулы правового предложения. В «Основных проблемах учения о государственном праве» Кельзен так объясняет свою программу: «Вопрос о том, должно ли юридическое правило пониматься как императив или как гипотетическое суждение, является вопросом об идеальной языковой форме правового предложения, иначе говоря, вопросом о сущности объективного права. Буквальный текст, которым на практике пользуются те или иные правовые порядки, не имеет никакого значения для разрешения данной проблемы. Юридическое правило должно быть реконструировано из содержания закона. Те элементы, которые необходимы для такого конструирования, находятся не только в содержащем соответствующую норму законе — их зачастую нужно воссоздавать из множества законов».⁶⁴ Таким образом, уже в «Основных проблемах учения о государственном праве» Кельзену было ясно, что юридическое правило должно быть гипотетически сформулировано; это помимо всего прочего предполагает, что юридическое правило обращено к правоприменительному органу.

работ Кельзена, в связи с которым этот мыслитель обратился к вопросу о центральном вменении, см.: *Paulson L. S. Konstruktivismus, Methodendualismus und Zurechnung im Frühwerk Hans Kelsens.*

⁶³ Я благодарен Мартину Боровскому за указание на данную формулу.

⁶⁴ *Kelsen H. Hauptprobleme der Staatsrechtslehre. S. 237.* — Эрнст Цительман также говорил об идеальной языковой форме правового предложения, например, о его «логической форме»: «Любое объективное право в любые времена и в любом месте имеет одну и ту же логическую форму. Эта форма юридического мышления способна воспринять разнообразное материальное содержание. Но это есть лишь форма, совершенно пустая и не имеющая содержания. В качестве таковой она везде одинакова. Эта форма являет собой особенность организации человеческой мысли» (*Zitelmann E. Die Möglichkeit eines Weltrechts // Allgemeine österreichische Gerichts-Zeitung. 1888. N 39. S. 195; впоследствии данная работа была перепечатана в: Zitelmann E. Die Möglichkeit eines Weltrechts. München, 1916).*

Поиск Кельзенем иных признаков идеальной языковой формы юридического правила привел его в 1930-е гг. к гипотетически формулируемой норме компетенции, адресованной правоприменительным органам. Правовая обязанность есть всего лишь отражение последствия правонарушения, что дает основание для правомочия на применение санкций: «Всегда есть возможность если и не раскрыть понятие правовой обязанности, то по меньшей мере обосновать его через отсылку к понятию компетенции. Если правовую обязанность некоего индивида к определенному поведению считать заданной, то в случае противного поведения другой индивид управомочивается правовым порядком на применение санкций против первого индивида. Если рассматривать правомочие на применение санкции в качестве «компетенции», то получается, что правовая обязанность одного лица основывается на компетенции другого лица применять санкции».⁶⁵

В появившейся в 1945 г. ключевой работе «Общая теория права и государства» Кельзен продолжил развитие этой новой концепции.⁶⁶ Кроме всего прочего, он утверждал, что «должное» не может быть охвачено понятием правовой обязанности — долженствование следует рассматривать лишь как «подстановочный знак».⁶⁷ «Должное» проявляется в том, что при определенных условиях может быть применена санкция, что правоприменительный орган правомочен применить санкцию. Если говорится, что правоприменительный орган А фактически обязан применить санкцию, то это означает только то, что вышестоящий правоприменительный орган со своей стороны вправе применить санкцию по отношению к органу А в случае, если А не применит соответствующую санкцию к тому или иному субъекту права. Таким образом, из двухступенчатой конструкции норм правомочия Кельзен конструирует понятие правовой обязанности (и здесь не стоит пренебрегать кельзеновской теорией редукции),⁶⁸ которое известно нам как деонтическое понятие. При этом в теории Кельзена на протяжении почти сорокалетнего этапа становления его концепции нет понятия обязанности, которое было бы независимо от понятия правомочия.⁶⁹

Тут возникает вопрос о том, не является ли произвольным то предпочтение, которое Кельзен отдает модальному варианту понимания правомочия (вкпе с коррелирующими этому варианту модальностями ответственности, неправомочности и иммунитета). Это возражение может быть обосновано по двум направлениям. С одной стороны, речь идет о развитии

⁶⁵ *Kelsen H. Recht und Kompetenz: Kritische Bemerkungen zur Völkerrechtstheorie Georges Scelles // Kelsen H. Auseinandersetzungen zur Reinen Rechtslehre. Wien, 1987. S. 75* (эта работа представляет собой рукопись, написанную Кельзенем в конце 1930-х гг.).

⁶⁶ *Kelsen H. General Theory of Law and State. Cambridge, Mass., 1945. P. 61–62 ff.* — Обозначенные в этой работе направления были развиты во втором издании «Чистого учения о праве»: *Kelsen H. Reine Rechtslehre. 1. Aufl. § 28. S. 120–130; § 29(d), (f). S. 139–142, 143–149; § 30. S. 150–162; § 32. S. 167–172; § 35. S. 228–282.*

⁶⁷ Можно вспомнить характерное высказывание Кельзена, сделанное в более поздних работах: долженствование следует рассматривать как переменную величину, и понимаемое таким образом «должное» распространяется на различные модальные глаголы («должен», «вправе», «может»). Ср.: *Kelsen H. 1) Reine Rechtslehre. 2. Aufl. § 4(b). S. 4 ff.; § 18. S. 81; § 28(b). S. 124; 2) Allgemeine Theorie der Normen. Kap. 25, § ii. S. 77.*

⁶⁸ *Paulson L. S. Ralf Dreiers Kelsen. S. 186 ff.*

⁶⁹ О норме правомочия см.: *Koller P. Theorie des Rechts. Eine Einführung. 2. Aufl. Wien; Köln; Weimar, 1997. S. 87–89, 110, 118 et passim; Raz J. Practical Reason and Norms. 3rd ed. Oxford, 1999. § 3.2. P. 97–106; Ruiter D. W. P. Institutional Legal Facts. Legal Powers and their Effects. Dordrecht, 1993; Spaak T. The Concept of Legal Competence. An Essay in Conceptual Analysis. Aldershot, 1994.*

кельзеновской теории редукции и о цели, преследуемой этой теорией. При исследовании понятия правовой обязанности Кельзен редуцирует деонтическую модальность к правомочию и за счет такой редукции обосновывает непреодолимое разграничение между (реконструированной) правовой нормой и нормой морали. С другой стороны, модальный характер правомочия может быть выведен из периферийного вменения — речь идет о правовом законе как о методологической форме науки о праве. Хотя периферийное вменение и формулируется на языке обязательственного права, ответственность все же остается «коррелятивной» по отношению к правомочию правоприменительного органа в ситуации, когда есть лицо, подлежащее ответственности за то или иное действие.

Если подводить итог, то можно сказать, что Кельзен понимает нормативность в смысле тезиса о моральной нормативности. Если натурализм в науке о праве принципиально ошибочен, то недопустимо, чтобы правовая норма редуцировалась к фактическому, т. е. к причинно-следственному, положению дел. Если индивид *A* стоит под правовой властью другого индивида *B*, и *B* так использует эту власть, что правовое положение *A* за счет этого может быть изменено, то подобное изменение не может быть объяснено в терминах причинно-следственной связи — это нормативное изменение. Тезис о модальной нормативности демонстрирует, что необъяснимое с точки зрения причинно-следственной связи изменение в праве не может быть изучено при помощи предпринимаемых натуралистами попыток редуцировать такое изменение к фактическому положению дел.⁷⁰

4. ЗАКЛЮЧЕНИЕ

В заключение обратимся еще раз к тезису о внутренней нормативности. Ни с системной, ни с исторической точек зрения нет оснований приписывать Кельзену данный тезис. Инструментарий теории права, необходимым образом связанный с тезисом о внутренней нормативности, несовместим с конструируемой Кельзеном системой.⁷¹ При этом речь идет не о центральном пункте научной программы Кельзена в области общей теории права, т. е. не о его борьбе против натурализма.

Применительно к тезису о модальной нормативности доказательство лежит в совершенно противоположной сфере. Это доказательство прямо соответствует принципиальному желанию Кельзена сформулировать ответ натурализму.⁷² С помощью такого ответа Кельзен сразу смог бы найти то, что он так настоятельно ищет: способ сохранить самозаконность права.

С точки зрения тезиса о внутренней нормативности оказывается ошибочной та коннотация понятия нормативности, которая свойственна

⁷⁰ Ср.: «Кельзеновская теория норм и действительности в качестве своего исходного пункта имеет вопрос о том, могут ли наряду с определяемыми причинно-следственной связью фактами стоять и не определяемые причинно-следственной связью правовые нормы» (*Von der Pfordten D. Rechtsethik. München, 2001. S. 142.*)

⁷¹ См. выше.

⁷² О натурализме в общей теории права на рубеже XIX–XX вв. см.: *Stolleis M. Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. 2. Bd. München, 1992; 3. Bd. München, 1999; Brockmüller A. Die Entstehung der Rechtstheorie im 19. Jahrhundert in Deutschland. Baden-Baden, 1997; Goller P. Naturrecht, Rechtsphilosophie oder Rechtstheorie? Zur Geschichte der Rechtsphilosophie an Österreichs Universitäten (1848–1945). Frankfurt/M., 1997; Schönberger C. Das Parlament im Anstaltsstaat. Frankfurt/M., 1997; Funke A. Allgemeine Rechtslehre als juristische Strukturtheorie. Tübingen, 2004.*

кельзеновскому учению о праве. Этот тезис связан с проблемой политической философии — с вопросом о том, могут ли (и в какой степени) политические обязанности быть обоснованы с точки зрения права. Данная связь столь плотна, что появляется возможность детально проанализировать нюансы понятия нормативности в ракурсе этой связи. Однако кельзеновское учение о праве развивается в совершенно ином направлении. Кельзен никогда не затрагивает вопрос о том, может ли быть обоснована обязанность субъекта права повиноваться праву. Чтобы избежать коннотации, связанной с тезисом о внутренней нормативности, и чтобы понятийно отразить нормативное или нормативистское измерение кельзеновского учения о праве, следует обозначить это нормативное измерение как «кельзеновский нормативизм». Подобный нормативизм может быть изучен на основе тезиса о модальной нормативности.